

VERTRAG UND VERTRAGSSCHLUSS

von

HANS MERZ

weiland Professor an der Universität Bern

UNIVERSITÄTSVERLAG FREIBURG SCHWEIZ
1988

Inhalt

Vorwort	XV
Abkürzungsverzeichnis	XIX
Allgemeine Literatur	XXI
1 Das Rechtsgeschäft1
Gliederung1
Literatur2
I. Funktion und Begriff2
II. Der Rechtsfolgewille4
1. Äusserung und konkludentes Verhalten4
Ablehnung der Bindung durch Verwahrungserklärung	
2. «Sozialtypisches Verhalten».5
3. Rechtsgeschäftlicher Charakter des sozialtypischen Verhaltens	.7
4. Widerrechtliche Aneignung angebotener Leistungen7
5. Fehlende Vorstellung der Rechtsfolgen ist unschädlich8
6. Im Ergebnis Übereinstimmung mit der Lehre Arnold Gysins	.8
7. Die Lehre von den faktischen Vertragsverhältnissen. Keine einheitliche Fallgruppe9
III. Rechtshandlungen12
Weitgehend unbestimmter Begriff mit unscharfer Abgrenzung zu den Rechtsgeschäften	
IV. Zwischenmenschliche Beziehungen. Gefälligkeitsverhältnisse13
V. Arten der Rechtsgeschäfte14
Verschiedene Einteilungskriterien	
1. Einseitig/zweiseitig14
2. Verfügungs- und Verpflichtungsgeschäfte16
a) Grundsätzliche Unterscheidung, aber innerer Zusammenhang16
b) Die Erfüllung als Verfügungsgeschäft?.18
c) Das Erfordernis der Verfügungsmacht19
d) Die Verfügungsmacht des Rechtsträgers. Verfügungen über fremde Rechte bedürfen einer besonderen Grundlage. Verfügungen über künftige Rechte20
e) Erfordernis der Handlungsfähigkeit?.21
f) Unterlassungs- und Duldungspflichten22

J 2 Der Vertrag	23
Gliederung	23
Literatur	26
I. Allgemeines	26
1. Begriff	26
2. Die Bindungswirkung	27
a) Der primitive Reziprozitätsgedanke	27
b) Staatlicher Rechtsschutz zwecks Möglichkeit der Vollstreckung des Anspruchs. Wirkung in die Zukunft	29
c) Die Verbindlichkeit des Vertrages beruht auf dem positiven Recht	30
II. Subjektive und objektive Elemente des Vertrages	30
1. Der Vertrag als Instrument der Willensautonomie in den Schranken der Rechtsordnung	30
2. Ausgangspunkt der Vertragsauslegung ist der übereinstimmende Parteiwille	31
3. Empirische Vertragsinterpretation erforscht den wirklichen Parteiwillen. Führt sie zu keinem Ergebnis, so folgt die objektivierende Vertragsauslegung nach dem Vertrauensprinzip. Vorbehalten bleibt der verborgene Dissens	32
4. Milderung der Vertrauenstheorie durch die Möglichkeit der Irrtumsanfechtung	33
III. Arten des Vertrages	34
1. Schuldverträge	34
2. Verfügungs- und Verpflichtungsverträge	34
3. Einseitige, vollkommen und unvollkommen zweiseitige und mehrseitige Verträge	35
4. Dauerverträge	35
5. Kausale und abstrakte Verträge	36
a) Die zwei Probleme der causa des Verpflichtungsvertrages und des Rechtsbestandes des Verpflichtungsvertrages als Voraussetzung der Gültigkeit des Verfügungsvertrages	36
b) Der Schuldvertrag als kausales Rechtsgeschäft	37
c) Das abstrakte Schuldversprechen nach deutschem und französischem Recht	37
d) Das schweizerische Recht zum Schuldvertrag	38
aa) Der Begriff des Rechtsgrundes (causa)	39
bb) Formell abstrakte, aber materiell kausale Schuldverträge (Beweisabstraktheit)	40
cc) Der Einredenverzicht	42
dd) Gutgläubensschutz gegenüber Dritten	43
e) Der Verpflichtungsvertrag als notwendige Grundlage des Verfügungsvertrages	44
aa) Im Sachenrecht	44
bb) Die Zession	44
6. Gesetzlich geregelte Schuldverträge und Innominatkontrakte	46

IV. Die Vertragsfreiheit	47
1. Idealtypische Charakterisierung	47
2. Rechtliche Schranken	48
a) Der Schutz vor Machtmissbrauch ist dem Vertrag imma-	
nent	48
b) Schutz des wirtschaftlich Schwächeren	50
c) Schranken gesamtwirtschaftlicher Motivation	50
3. Faktische Schranken	51
a) Allgemeine Geschäftsbedingungen	51
b) Beeinträchtigungen der Wettbewerbsfreiheit	56
4. Der Vertrag als Instrument der zwischenmenschlichen Verstän-	
digung	57
5. Der Vertrag als Ausdruck der Selbstbestimmung der Parteien mit	
gegenseitiger Selbst- und Partnerbindung	57
6. Vertragsgerechtigkeit?	58
a) Der Vertrag als Ausdruck «gebändigter Willkür».	58
b) Kein notwendiges objektiv messbares Gleichgewichtsverhält-	
nis von Leistung und Gegenleistung	60
c) Kein allgemein massgebender «gerechter Preis», aber Aus-	
gleich von Machtverschiedenheiten. Notwendige Bekämp-	
fung der «Selbstaufhebung der Vertragsfreiheit».	62
d) Unterschiedliche Zielsetzungen zwangswirtschaftlicher Mass-	
nahmen zentraler staatlicher Lenkung	63
7. «Krise der Privatautonomie» oder «Krise ihrer Beschränkun-	
gen»? Exkurs in den allgemeinen staatlichen Bereich	64
8. Zusammenfassung: Erhebliche gegenständliche Einschränkung	
der Privatautonomie, aber Steigerung der Gestaltungsmöglich-	
keiten. Neue Gefahren	65
§ 3 Die Vertragsverhandlungen. Culpa in contrahendo	68
Gliederung	68
Literatur	69
1. Das Vertragsverhandlungsverhältnis im allgemeinen	69
2. Vorvertragliche Sorgfaltspflichten und vertragliche Neben-	
pflichten	71
a) Vorvertragliche Schutzpflichten	71
b) Vorvertragliche Mitteilungs- und Aufklärungspflichten	73
3. Positivrechtliche Regelung der Verletzung vorvertraglicher Auf-	
klärungs- und Schutzpflichten (Art. 26, 36, 39 OR, 411 Abs. 2	
ZGB).	74
4. Gesetzlich nicht geregelte, aber durch Lehre und Gerichtspraxis	
geformte Fälle vorvertraglicher Haftung	76
a) Abbruch der Vertragsverhandlungen	76
b) Berufung auf Formmangel	76
c) Bei Vertragsnichtigkeit infolge ursprünglicher Unmöglich-	
keit, Sittenwidrigkeit oder Widerrechtlichkeit	77

d) Haftung für falschen Rat und falsche Auskunft	77
e) Vorvertragliche Haftung im Recht der Willensmängel. Absichtliche Täuschung, Furchterregung, Irrtum	78
5. Die Rechtsnatur der Culpa in contrahendo	80
a) Rechtsprechung und Lehre	80
b) Einordnung der einzelnen Fallgruppen bei der Deliktshaftung	83
6. Verjährung	84
7. Haftung für Hilfspersonen	84
8. Haftung von Stellvertretern, Organen und Hilfspersonen	86
§ 4 Der Vertragsschluss	88
Gliederung	88
Literatur	90
Vorbemerkung	91
I. Allgemeines	92
1. Wille und Erklärung	92
2. Finale und normative Erklärung	94
3. Erklärungsbewusstsein?	95
4. Ausdrückliche und stillschweigende Willensäußerungen	96
a) Ausdrückliche Äusserung	96
b) Stillschweigende Äusserung	97
c) Gesetzlich oder vertraglich vorgeschriebene Ausdrücklichkeit	98
II. Der Konsens	98
1. Notwendiger Vertragsinhalt	98
2. Vorbehalt von Nebenpunkten	100
3. Konsens und Dissens	101
a) Konsens	101
b) Dissens	101
4. Vertragsergänzung	102
a) Notwendige Richterpflicht	102
b) Keine Vertragskorrektur	103
c) Keine Ergänzung fehlender begriffswesentlicher Punkte	104
d) Lückenfüllung nach der Natur des Geschäftes. Vereinigt subjektive und objektive Methode	105
III. Antrag und Annahme	106
1. Allgemeines	106
2. Die Offerte	107
a) Notwendiger Inhalt	107
b) Die «Auslage» von Waren	107
c) Verkauf durch Automaten	108
d) Die Offerte als Begründung eines Gestaltungsrechts des Adressaten	108
3. Empfangsbedürftigkeit der Willenserklärungen	108
4. Zeitliche Begrenzung des Angebotes	110

5. Anregung zur Aufnahme von Vertragsverhandlungen	112
a) «Auskündungen» (OR 7 Abs. 2) sind nicht Offerten	112
b) Der Antrag ohne Verbindlichkeit	113
c) Submission und Subskription	113
6. Das Akzept	113
Inhaltliche Übereinstimmung mit der Offerte.	113
a) Akzept durch konkludentes Verhalten	114
b) Akzept durch Stillschweigen (OR 6).	114
c) Vermutung der stillschweigenden Annahme einer Offerte	115
d) Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) werden nur kraft einer Parteiübereinkunft Vertragsbestandteil.	117
e) Ablehnung der gemäss OR 6 bei Stillschweigen vermuteten Annahme	118
f) Kreuzofferten	118
7. Das Bestätigungsschreiben.	118
a) Allgemeine Beweisfunktion der Bestätigung Das Bestätigungsschreiben im rechtsgeschäftlichen Bereich	119
b) Unzutreffende Bestätigung eines in den Verhandlungen berührten Punktes	120
c) Bestätigung in den Verhandlungen nicht berührter Punkte.	121
d) Bestätigung des unter den Parteien streitigen Vertragschlusses.	122
e) Bestätigung nicht geführter Verhandlungen.	123
f) Gegenseitige differierende und gegenseitige übereinstimmende Bestätigungen.	123
g) Bösgläubigkeit des Bestätigenden.	123
h) Rechtsgeschäftliche Natur der Bindungswirkung des Schweigens auf ein Bestätigungsschreiben.	124
8. Widerruf von Antrag und Annahme.	126
9. Vorgeschriebene Schriftform und moderne Übermittlungstechniken	127
10. Verlust der Handlungsfähigkeit und Tod des Erklärenden oder des Erklärungsempfängers	127
11. Beweislast	129
12. Beginn der materiellen Vertragswirkungen.	129

§ 5 Besondere Fälle des Vertragsschlusses (Auslobung, Preisausschreiben, Versteigerung). 132

I. Die Versteigerung	132
II. Auslobung und Preisausschreiben	133
1. Die «Auskündigung» einer Belohnung für das Erbringen einer Leistung (OR 8).	133
2. Insbesondere das Preisausschreiben.	133
3. Namentliche Bestimmung des Teilnehmerkreises.	134
4. Spiel oder Wette als Inhalt eines Preisausschreibens.	135

5. Dogmatische Einordnung der Auslobung beim Vertrag	135
6. Der Rücktritt des Auskündenden	136
§ 6 Kontrahierungszwang (Kontrahierungspflicht)	137
Gliederung	137
I. Der Grundsatz	138
1. Ungehinderte Inanspruchnahme vom Gemeinwesen angebotener Leistungen	138
2. Notwendige Mitwirkung des Gemeinwesens bei Inanspruchnahme der von ihm angebotenen Leistung	139
II. Der Private wird durch staatlichen Zwang zum Vertragsschluss gezwungen	140
III. Rein privatrechtlich konzipierte Kontrahierungspflicht	141
1. Sittenwidrige Verweigerung der Lieferung lebenswichtiger Güter	141
2. Kontrahierungspflicht zur Beseitigung einer Persönlichkeitsverletzung im wirtschaftlichen Wettbewerb	142
3. Kontrahierungspflicht als Ausfluss des Grundsatzes der Gleichberechtigung	144
IV. Zusammenfassung: Öffentlichrechtliche und privatrechtliche Zuordnung der einzelnen Tatbestände	145
§ 7 Der Vorvertrag	147
Gliederung	147
Literatur	147
I. Begriff	148
1. Der grundsätzliche Einwand gegen die positivrechtlich statuierte dogmatische Konstruktion Abgrenzung gegenüber Verpflichtungsgeschäft/Verfügungsgeschäft und gegenüber dem Gestaltungsrecht. Verwandtschaft mit Kontrahierungspflicht	148
2. Das Erfordernis der inhaltlichen Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit	150
3. Ablehnung abweichender Auffassungen	151
II. Funktion und Durchsetzung	152
1. Kein «Hauptvertrag» erforderlich, wenn dieser mit dem Vorvertrag inhaltlich übereinstimmt	152
2. Kein «Hauptvertrag» erforderlich, wenn Nebenpunkte des Vorvertrages einer späteren Regelung bedürfen Richterliche Vertragsergänzung, wenn die Parteien sich über die Nebenpunkte nicht einigen	153
3. Unverbindlichkeit der Teilergebnisse (Punktationen) der Vertragsverhandlungen	154
4. Die Koppelungsverträge, insbesondere die Baubindungen im Zusammenhang mit einem Grundstückkauf	155
a) Die Fragen der Bestimmbarkeit und der Durchsetzbarkeit	155

b)	Bestand der Baubindung vor den Schranken der Vertragsfreiheit	157
c)	Die Ungültigkeit der Baubindung führt zur Teilnichtigkeit des Koppelungsvertrages; der Grundstückkauf bleibt aufrecht	159
d)	Die Baubindung als Vertrag zugunsten Dritter.	160
e)	Geltendmachung der Baubindung verpflichtet zur Erbringung der Gegenleistung	160
f)	Kein «pactum de non contrahendo cum tertio».	160
5.	Durchsetzung der («vor»)vertraglichen Verpflichtung	161
III.	Die Form des Vorvertrages	163
8	Die Form des Vertrages	165
	Gliederung	165
	Literatur.	168
I.	Der Grundsatz der Formfreiheit	169
II.	Besondere gesetzliche Formen.	170
1.	Allgemeines: Schutzfunktion oder Klarstellungsfunktion. «Zwillingsschwester der Freiheit»? Schwächung des Gedankens der Vertragstreue.	170
2.	Der formbedürftige Inhalt der Erklärung	172
3.	Die gesetzliche Form als Gültigkeitserfordernis und die Rechtsfolgen des Formmangels.	176
a)	Archaische «Wirkform» und moderne Zweckform.	176
b)	Der Formverstoss führt nicht mehr zur absoluten Nichtigkeit, sondern zu einer «Ungültigkeit inter partes».	177
4.	Die einfache Schriftlichkeit	179
a)	Notwendig die Unterschrift aller verpflichteten Personen. Über das Recht der Schuldverträge hinaus als allgemeines Prinzip anerkannt.	179
b)	Die eigenhändige Unterzeichnung	180
c)	Die räumliche Stellung der Unterschrift	181
d)	Ausnahmen von der Eigenhändigkeit (Faksimileunterschrift, Blindenunterschrift, Invalide und Vollanalphabeten)	182
e)	Der Text der Urkunde.	183
f)	Vertretung in der Unterzeichnung.	183
g)	Das Erfordernis der Schriftlichkeit im Brief- und Telegrammwechsel und in modernern Übermittlungstechniken	184
h)	Austausch von Vertragsdoppeln.	185
i)	Das Blanke«	185
aa)	Formelle und materielle Blankoerklärung?.	186
bb)	Notwendige Verständigung über den für die Vervollständigung des Inhalts massgebenden Rahmen. Eintritt der Rechtswirksamkeit im formfreien und im der Schriftform unterworfenen rechtsgeschäftlichen Verkehr	187
cc)	Die Ermächtigung zur Ausfüllung des Blanketts	188

dd) Das Risiko des Blankettmissbrauchs trifft den Aussteller.	188
5. Qualifizierte Schriftlichkeit	190
6. Öffentliche Beurkundung.	190
a) Begriff und Zweck (Schutz und Klarstellung).	190
b) Das kantonale Beurkundungsverfahren und die bundesrechtlichen Mindestanforderungen.	192
c) Sachliche und innerkantonal örtliche Zuständigkeiten unterstehen dem kantonalen Recht. Es fehlt eine bundesrechtliche Ordnung der interkantonalen Zuständigkeit.	193
d) Exkurs über Grenzen der Grundbuchführung.	194
7. Qualifizierte Formen der öffentlichen Beurkundung.	194
8. Registereintragungen.	195
9. Vertragsänderung und Vertragsaufhebung.	195
a) Die Vertragsänderung ist formbedürftig.	196
b) Formlose Aufhebung formbedürftig eingegangener Verpflichtungen.	196
c) Formfreie Abrede ergänzender Nebenbestimmungen	197
III. Die gewillkürte Form.	197
1. Der Grundsatz.	197
2. Anwendungsbereich.	198
a) Nicht nur der Vertragsschluss, sondern auch Gestaltungsrechte.	198
b) Keine Anwendung auf andere einseitige Erklärungen, insbesondere Obliegenheiten.	199
3. Der Vorbehalt.	200
a) Vertragliche Einigung über die vorbehaltenen Form.	200
b) Kein einseitiger Vorbehalt.	201
c) Vereinbarung in beliebiger Form.	201
aa) Der Austausch von Vertragsdoppeln unter Berücksichtigung moderner Übermittlungstechniken.	201
bb) Beschaffenheit der vorbehaltenen Form.	203
cc) Zulässiger Formvorbehalt eines zusätzlichen Formelementes eines von Gesetzes wegen formbedürftigen Vertrages.	203
dd) Keine Erstreckung des Vorbehalts auf Vertragsunterlagen.	203
d) Verkehrsüblichkeit der Schriftform begründet für sich allein nicht den Vorbehalt von OR 16.	203
e) Beschränkung des Formvorbehalts auf einzelne Vertragsbestandteile. Keine Erstreckung des Vorbehalts auf Gestaltungsrechte der Vertragsabwicklung (Kündigungen) und auf Vertragsänderung und Vertragsaufhebung.	204
f) Das Verhältnis von OR 16 Abs. 1 zu OR 2.	205
g) Der Vorbehalt ist kein Vorvertrag.	205
4. Die Vermutung des Abs. 1 von OR 16.	206
a) Geringe praktische Bedeutung.	206

b) Unterschiedliches Parteiverständnis der vorbehaltenen Form	206
c) Aufhebung des Formvorbehalts durch Vornahme von Erfüllungshandlungen und Entgegennahme von Vertragsleistungen.	207
d) Verweigerung der Mitwirkung zur Herstellung der vereinbarten Form.	207
e) Wirkung der blossen Beweisform.	208
f) Vermutung der materiellen Vollständigkeit des in besonderer Gültigkeitsform geschlossenen Vertrages.	208
5. Die Vermutung des Abs. 2 von OR 16.	208
6. Beweislast.	209
IV. Beschränkung der Formungültigkeit	209
1. Das Problem in rechtsvergleichender Sicht.	209
a) Im romanischen Rechtskreis praktisch unbekannt	210
b) Im deutschen Rechtskreis noch keine einheitliche Auffassung	210
c) Weiter gediehene Konkretisierung im angloamerikanischen Rechtssystem.	211
d) Die Schweiz auf dem Weg zu praktikablen Konkretisierungen.	211
2. Die Rechtsprechung zur Heilung des Formmangels durch freiwillige Erfüllung.	211
3. Die Lehre zur Heilung des Formmangels durch freiwillige Erfüllung	212
4. Erfüllung in der Hauptsache.	215
a) Gleichbehandlung mit der vollständigen Erfüllung	215
b) Die vollständige Erfüllung kann verlangt und durchgesetzt werden.	215
5. Irrtumsfreie Erfüllung?.	216
6. Eingeschränkte Bedeutung des Formzwecks.	218
a) Hat die Formvorschrift nur für eine der Parteien Bedeutung, so darf sich die Gegenpartei nicht auf den Formverstoss berufen.	218
b) Der Formzweck der öffentlichen Beurkundung des Grundstückkaufs.	219
7. Rechtsmissbräuchliche Berufung auf die Heilung des Formmangels durch Erfüllung.	221
8. Schadenersatz- und Erfüllungsanspruch aus nicht erfülltem formungültigen Vertrag	221
9. Zusammenfassung.	223
Sachregister.	227